

Parere n.228 del 21/12/2011

PREC 223/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Comune di Valsavaranche (AO) - (lavori di potenziamento acquedotto intercomunale III lotto) - Importo a base d'asta €4.690.000,00 - S.A.: Comune di Valsavaranche (AO)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 settembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Valsavaranche ha chiesto un parere in merito alla problematica inerente la sussistenza o meno di una situazione di incompatibilità tra il ruolo di partecipante, in qualità di socio accomandante, alla gara indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto e quello di direttore degli stessi.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, il Consorzio stabile DOLMEN, interessato dal rilievo, ha formulato controdeduzioni a contrasto della paventata sussistenza di elementi di esclusione

Ritenuto in diritto

Con il presente precontenzioso viene portata all'attenzione dell'Autorità, da parte della stessa stazione appaltante, la questione inerente la verifica della sussistenza o meno di una situazione di incompatibilità tra il ruolo di partecipante, in qualità di socio accomandante, alla gara indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto e quello di direttore degli stessi.

Più specificamente, il Comune di Valsavaranche ha presentato la suddetta richiesta di parere in quanto alla procedura indetta per l'affidamento del terzo lotto dei lavori di potenziamento dell'acquedotto intercomunale ha partecipato il Consorzio Stabile DOLMEN di Aosta, il quale ha indicato, tra i partecipanti esecutori, l'impresa Edile Cometto & Tercinod di Aosta, cui partecipa, in qualità di socio accomandante, l'ing. Corrado Cometto; quest'ultimo, con il ruolo di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione (su di una progettazione redatta da altri soggetti) risulta, a sua volta, far parte dell'Associazione Temporanea tra Professionisti che si è aggiudicata l'incarico di direzione, contabilità e coordinamento della sicurezza dei medesimi lavori.

Orbene, ai fini della definizione della presente questione, si pone come necessario un breve inquadramento della disciplina relativa alle cause di esclusione dalle gare d'appalto per situazioni soggettive e di incompatibilità.

In proposito, è noto come la stessa giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giustizia CE, grande sezione, 16 dicembre 2008, n. 213) abbia avuto modo di affrontare l'interpretazione del dato normativo europeo, anche in rapporto ai residui spazi nazionali; la Corte Europea ha sul punto statuito che "l'art. 24, comma 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che esso elenca, in modo tassativo, le cause fondate su considerazioni oggettive di natura professionale, che possono giustificare l'esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto pubblico di lavori. Tuttavia, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo".

In definitiva, l'elenco delle cause di esclusione di imprese di lavori di cui alla normativa europea che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non è tassativo, sicché l'aggiunta, da parte del diritto nazionale, di una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal richiamato art. 24, è compatibile con il diritto comunitario, a condizione che essa miri a garantire la trasparenza e la parità di trattamento, tese a tutelare una concorrenza effettiva, e sia conforme al principio di proporzionalità.

In sede di attuazione, il legislatore nazionale ha dettato specifiche disposizioni in ordine ad alcune delle quali questa stessa Autorità ha avuto modo di fornire indicazioni di ordine generale. A quest'ultimo riguardo, si è ricordato (vedi determinazione n. 1 del 29/3/2007), in specie in tema di situazioni di controllo e collegamento rilevanti a fini di esclusione, che il Codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 163/2006, disciplina(va) tali situazioni con riferimento sia al momento della partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici (art. 34, comma 2) sia alla incompatibilità per gli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare alle successive gare d'appalto o di concessione dei lavori progettati (art. 90, comma 8). Incidentalmente, va peraltro evidenziato come, anche al fine di superare le incertezze derivanti dalla complessità del dato normativo in tema di requisiti e relativa esclusione nonché di adeguamento al diritto comunitario, il Codice sia stato oggetto di una riformulazione, in specie attraverso l'espressa abrogazione del predetto art. 34 comma 2, (ex art. 3 d.l. n. 135 del 2009).

Ai fini in esame, in assenza di una specifica disposizione attestante la dedotta incompatibilità a fini di ammissione alla gara per l'affidamento dei lavori, occorre verificare l'operatività e l'estensione dell'ipotesi residua predetta, dettata ex art. 90 comma 8.

In proposito, se per un verso l'interpretazione della norma deve essere condotta in termini non restrittivi, la stessa non può spingersi oltre le fattispecie in essa previste, concernenti la progettazione.

Nella prima direzione questa Autorità ha statuito che il divieto di partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici posto dal legislatore a carico di chi sia stato affidatario di incarichi di progettazione e di supporto alla progettazione relativi alla medesima gara rappresenta un principio di carattere generale applicabile anche alle concessioni di servizi pubblici ed è volto ad evitare che si realizzi una qualsiasi commistione tra progettista dei lavori pubblici ed esecutore degli stessi che possa rivelarsi astrattamente pregiudizievole della *par condicio* dei concorrenti e potenzialmente dannosa per la stazione appaltante interessata a che la scelta del contraente si realizzi sulla base della libera concorrenza tra i partecipanti. Pertanto, la circostanza che al momento della pubblicazione del bando, il soggetto che ha preso parte ad attività di supporto alla progettazione non rivestisse più alcun incarico direttivo all'interno del futuro aggiudicatario dell'appalto non assume

rilevanza dal momento che la commistione delle cariche, che si è verificata nel corso dell'espletamento dell'incarico di supporto alla progettazione, comporta la sussistenza del ragionevole dubbio sul fatto che l'impresa aggiudicataria dell'esecuzione possa essere a conoscenza di problematiche progettuali dell'appalto (deliberazione n. 24 del 2007).

Analogamente si è previsto che incorra nel divieto di cui al c. 8 dell'art. 90, D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163, il partecipante alla procedure di affidamento di lavori che abbia predisposto o abbia avuto modo di conoscere, anche indirettamente, la progettazione preliminare, in quanto è sufficiente il solo sospetto della possibile lesione della trasparenza nella circolazione delle informazioni legate all'intervento a costituire un *vulnus* al principio della *par condicio* (cfr. parere n. 161/2007).

Analoghi principi si ricavano dall'analisi della giurisprudenza in materia, laddove si precisa che costituisce regola generale delle incompatibilità quella che garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'Amministrazione appaltante. In tal senso la giurisprudenza (CdS, Sez. VI, Sentenza n. 5087 del 2007) rispetto all'affidamento di un incarico di progettazione e alla ammissione di una ATI nella quale erano presenti professionisti che avevano avuto direttamente o indirettamente precedenti rapporti con l'Amministrazione in relazione all'oggetto di incarico di progettazione. Non si tratta, dunque, di ricercare ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma di valutare se vi sia stata una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato luogo a un possibile indebito vantaggio per l'aggiudicataria (Tar Lazio 33192/2010).

Nella seconda indicata direzione, la prevalente opinione giurisprudenziale ha parimenti statuito che, per pacifico principio generale, le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione in quanto limitative della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita, con la conseguenza che a nulla vale il tentativo di un'estensione analogica a fattispecie non espressamente contemplate (cfr. Tar Piemonte 1510/2008 e CdS., Sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 561): sulla base di tale principio infatti, è stata affermata la piena legittimità della partecipazione dell'affidatario della progettazione preliminare alla gara per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva in assenza di disposizioni che dispongano in senso contrario. Infatti, il principio della *par condicio* non può essere irrigidito fino al punto di stigmatizzare asimmetrie competitive fondate su meriti acquisiti per effetto della partecipazione a procedure rette dalle disposizioni comunitarie e nazionali ispirate alla logica concorrenziale: il vantaggio concorrenziale sotteso al previo espletamento dell'incarico finalizzato alla redazione del progetto preliminare costituisce, al pari della condizione in cui versa l'aggiudicataria in caso di procedura di rinnovo di un pregresso affidamento ovvero della situazione in cui versa l'appaltatore di lavori in ambiti territoriali limitrofi, una differenziazione fattuale la cui positiva incidenza si attegga ad esplicazione del giuoco concorrenziale piuttosto che fungere da fattore anticompetitivo.

Nel caso di specie, tuttavia, neppure adottando un'interpretazione estensiva della normativa richiamata è possibile giungere ad una espressa comminatoria di incompatibilità.

L'art. 90 comma 8, in particolare, statuisce che *“Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario*

dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti”.

Nel caso di specie, invece; l'incarico in contestazione riguarda una fase diversa e successiva rispetto sia alla progettazione che alle relative attività di supporto; la direzione lavori, infatti, riguardando la successiva fase di esecuzione dei lavori, nulla ha a che vedere con la progettazione e con l'attività di supporto alla progettazione. Né la *lex specialis* risulta aver dettato alcuna specifica disposizione in materia, la cui legittimità a fini di esclusione, peraltro, andrebbe ormai valutata alla stregua del principio dettato dal nuovo art. 46 comma 1 bis, D.Lgs. 163 cit..

A diverse conclusioni deve peraltro giungersi per quanto riguarda l'incompatibilità in fase esecutiva, in ordine alla quale, come invero riconosciuto dallo stesso Consorzio DOLMEN in sede di controdeduzioni, *nulla quaestio*: la stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha ribadito che in tema di appalto, il titolare dell'impresa appaltatrice è incompatibile a svolgere l'incarico di direttore dei lavori, atteso che quest'ultimo è un rappresentante del committente preposto a sorvegliare l'esatta esecuzione delle opere (cfr. in ordine alla generalità del principio, Cassazione civile, sez. II, 02 febbraio 2009, n. 2562).

In definitiva, le comprensibili perplessità derivanti dal ruolo, concernente una fase relativa alla realizzazione delle opere in capo ad uno dei soci di un'impresa partecipante alla gara per l'affidamento dei lavori, non trova una specifica previsione di incompatibilità *ex lege* (o comunque rilevante ex art. 46 comma 1 bis, cit.) a fini dell'esclusione dalla gara. La dedotta situazione, peraltro, non potrà che operare in termini di incompatibilità in ordine alla eventuale fase esecutiva, nell'ipotesi in cui il consorzio interessato dovesse risultare aggiudicatario.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, e agli stretti fini dell'ammissione alla gara, non sussistente nel caso *de quo* la prospettata incompatibilità.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito